

## **UNIÃO ESTÁVEL** **REFLEXOS NA ESFERA PENAL**

---

**EUCLIDES BENEDITO DE OLIVEIRA**

*Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo e  
Professor do Curso MPM*

A *união estável* entre o homem e a mulher, espécie de *concubinato* na sua forma pura, merece proteção do Estado como “entidade familiar”, à semelhança do que ocorre com a família tradicional formada pelo casamento. Trata-se de inovação em nosso sistema jurídico, introduzido pelo artigo 226, § 3º da Constituição Federal.

*Companheiros* ou *conviventes*, é como se denominam os antigos *concubinos* nessa forma de união protegida por lei, desde que se revele duradoura, pública e contínua, com o propósito de constituir família.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Os direitos dos companheiros constam das Leis nº.s 8.971, de 29 de dezembro de 1.994, e 9.278, de 10 de maio de 1996: alimentos, meação (condomínio) nos bens adquiridos a título oneroso durante a convivência, e sucessão hereditária (obedecida a ordem de chamamento prevista no art. 1603 do CC).

## **PODEM OS COMPANHEIROS IGUALAR-SE A CASADOS PARA OS EFEITOS PENAIIS?**

Nesse contexto de nova figuração dos componentes familiares, que antes se cingiam aos *casados* ou *cônjuges*, cabível se mostra indagar dos seus reflexos na esfera penal, em situações típicas dos *crimes contra a família* (arts. 235 e seguintes), assim como na análise de circunstâncias agravantes ou atenuantes de certos delitos por envolver pessoas casadas, qualificadoras ou causas de aumento de pena pelo mesmo fundamento, bem como nas hipóteses de extinção da punibilidade por casamento do agente com a ofendida.

Embora *união estável* não seja o mesmo que casamento, tem as similitudes apontadas quanto à formação de entidade familiar e direitos assegurados aos seus membros. Por isso as indagações: poderiam os *companheiros* ser equiparados a *casados* para os fins penais? Caberia aplicação analógica na espécie?

## **O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL RESTRINGE O ENQUADRAMENTO NA FIGURA DELITUOSA**

Negativa se afigura a resposta, ao primeiro lance, em face do princípio da *reserva legal* que norteia nosso direito positivo (art. 1º do CP). Com efeito, o reconhecimento da figura delituosa exige enquadramento no tipo constante da lei, sem que possível sua ampliação fora desse padrão específico de conduta humana. Nessa linha de raciocínio, afirma-se não haver lacunas na lei penal, que pudessem ser preenchidas por outros recursos supletivos na aplicação do Direito ao caso concreto.

Mas essa é apenas meia verdade. É preciso fazer a distinção entre normas incriminadoras e normas não incriminadoras. Aquelas cuidam das condutas puníveis e das penas que lhes são aplicáveis. A Segunda categoria de normas estabelece excludentes da figura delituosa, atenuantes, causas de diminuição da pena ou mesmo de sua dispensa. Em face do princípio da legalidade estrita, não podem ser supridas ou suplementadas as normas penais incriminadoras, ainda que apresentem falhas ou omissões

em seus descritivos. As não incriminadoras, porém, pelo seu caráter benéfico, ensejam a integração da norma por outros recursos da ciência jurídica, a fim de que se atinja o seu efetivo alcance na casuística judicial.

### ***A ANALOGIA SERVE À INTEGRAÇÃO DA NORMA JURÍDICA***

São critérios de integração da norma jurídica, como prevê o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (igualmente aplicável no ramo penal), a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Não se trata de fontes do direito, mas de instrumentos de auto-integração da lei, a fim de suprir suas eventuais falhas. Inadmissível, conforme já ressaltado, a invocação de tais recursos para redefinir crimes ou aplicar sanções não constantes expressamente do texto legal. Mas perfeitamente admissível que sirvam de meio a correta aplicação do direito punitivo em caráter benéfico, quando o texto frio da lei não seja explícito em relação a uma situação análoga.

Nesse sentido, o dominante entendimento doutrinário, como se extrai do abalizado magistério de Damásio Evangelista de Jesus<sup>2</sup>, citando igual opinião de José Frederico Marques<sup>3</sup>, a dizer que *onde o art. 4º (da LICC) encontra aplicação plena e cabal é em relação aos casos de licitude excepcional e de isenção de culpabilidade. As omissões do legislador, nesse terreno, autorizam o juiz a cobrir as falhas da lei com os processos de integração jurídica.*

Através da analogia, o intérprete verifica os pontos de semelhança entre um fato concreto, não previsto com clareza na lei, ao fato regulado expressamente. Considera o primeiro análogo ao segundo, e daí extrai a mesma conclusão para incidência de igual dispositivo legal, porque inspirado na mesma razão de

---

<sup>2</sup> *Direito Penal*, 1º vol., Ed. Saraiva, 20ª edição, p. 23 e 25.

<sup>3</sup> *Tratado de Direito Processual Penal*, vol. 1, Ed. Saraiva, 1980, p. 165

decidir<sup>4</sup>. Consiste a analogia, pois, na aplicação a uma hipótese não prevista em lei de disposição relativa a um caso semelhante<sup>5</sup>.

### **APLICAÇÃO DA ANALOGIA IN BONAM PARTEM PARA AS SITUAÇÕES DE UNIÃO ESTÁVEL**

Pela distinção já feita entre normas incriminadoras e normas não incriminadoras, claro está que em direito penal só tem lugar a analogia *in bonam partem*, quando o sujeito é beneficiado por sua aplicação, e nunca *in malam partem*, porque então resultaria prejuízo incompatível com o lembrado princípio da reserva legal quanto às normas descritivas dos crimes.

Retorna-se, então, ao ponto em debate – a situação de união estável, com possível analogia entre *companheiros* e *casado*, para os fins de integração da norma jurídico-penal.

A conclusão é de que não se pode aplicar a analogia para reconhecimento das figuras delituosas praticadas por cônjuges, como se dá nos crimes contra o casamento, definidos nos arts. 235 a 240 do Código Penal. Assim, não há falar em crimes de bigamia ou de adultério entre companheiros, já que a lei exige a situação do casamento como elemento caracterizador do tipo. O mesmo se diga com relação ao abandono material do cônjuge, previsto no art. 244 do Código.

Também incabível a incidência analógica, a companheiro, de circunstância agravante genérica da pena em crime praticado contra cônjuge (art. 61, “e”, do Código Penal).<sup>6</sup> Ou em casos de aumento de pena para delitos contra cônjuge, como previsto os artigos 133, § 2º, inciso II, 148, § 1º, I, e 226, III do Código Penal.

---

<sup>4</sup> *Ubi eadem ratio legis, ibi eadem dispositio.*

<sup>5</sup> Damásio Evangelista de Jesus, op. cit., p. 48.

<sup>6</sup> Resalvada a incidência da letra “f” do mesmo artigo, onde a situação de companheiro pode enquadrar-se na agravante de prática do crime prevalecendo-se, o agente, de *relações domésticas*.

Mas terá lugar a analogia nos casos em que a lei penal dá tratamento benéfico à situação dos casados. A eles poderão equiparar-se, então, os companheiros que se achem na mesma posição no quadro delituoso.

Assim é que, em recente julgado do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, deu-se pela extinção da punibilidade, nos termos do artigo 107, VII, do Código Penal, em rapto consensual seguido de união estável do agente com a raptada. A decisão firmou-se na tese de que a constituição de núcleo familiar estável, por força do que dispõe a Constituição Federal de 1.988, equiparar-se ao matrimônio legalizado para fins de extinção da punibilidade.<sup>7</sup>

Muito embora não se trate de entendimento pacífico na jurisprudência,<sup>8</sup> desponta como futuros a essa interpretação, em vistas da valoração emprestada à união estável por força das novas regras constitucionais e legais visando à proteção da família, ainda que sem os laços oficiais do casamento civil.

É o rumo a seguir em outras situações paralelas, tais como:

- perdão judicial por atingimento de pessoa próxima ao agente (cônjuge, companheiro, filhos...), nos crimes de homicídio culposo (art. 121, § 5º) ou lesão corporal culposa (art. 129, § 8º);<sup>9</sup>
- isenção de pena nos crimes contra o patrimônio praticados contra cônjuge (art. 181, I), e, por igual razão, contra companheiro;
- isenção de pena no crime de favorecimento pessoal, quando praticado por cônjuge (art. 348, § 2º), beneficiando-se por igual o companheiro.

---

<sup>7</sup> Ap. 1.003.851/6, da 6ª câmara do TACRIM-SP, maioria, rel. Juiz Ivan Marques, e voto vencedor declarado pelo Juiz, Mathias Coltro, publ. Na RJTAcrim 32/260. No mesmo sentido, ap. no proc. 404983, Tribunal de Justiça de Mato Grosso, mandado extinguir a punibilidade em caso de sedução.

<sup>8</sup> Negando a equivalência do concubinato ao casamento, para extinguir punibilidade, ver acórdãos em JTJ 158/308 e RT 713/356.

<sup>9</sup> Ver precedentes em RT 640/321 e 641/344.

- Assim entendida e aplicada a analogia na esfera penal, estar-se-á cumprindo na inteireza o preceito constitucional de proteção à entidade familiar formada à sombra da união estável, à semelhança do que se dá com respeito à família oriunda do casamento.